

《 翻 訳 》

ヨゼフ・エッサー『原則と規範』(五)

本稿は、Josef Esser, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, Rechtsvergleichende Beiträge zur Rechtquellen- und Interpretationslehre, 4. unveränderte Auflage (1990) の著者と出版社の承諾によって翻訳である。(但し、第一編四章までは 3. unveränderte Auflage, 1974 に基づく)

米 山 隆(訳)

目 次

- 第一編 私法における普遍的な法原則の現象形態と法思想の現象形態
- 第一章 題目の限界と意味
- 第二章 法律学的な原理の力の場としての裁判官による法の形成（以上第一巻四号）
- 第三章 我々の問いかけの提起にとつての比較法の意味のために
- 第四章 普遍法原理の概念と本性に関する暫定的仮定（以上第二巻四号及び第三巻一号）
- 第五章 実定的憲法原理の裁判官による法形成のための意味（第三巻二号）
- 第二編 法における原理の分類と類型決定の試み
- 第六章 狭義における法原理の類型（第三巻三号）
- 第七章 法発見の原理
- 第八章 法原理・法的範及び法源の關係に関する普遍的なこと（以上第三巻四号及び第四巻一号）
- 第三編 法典化された私法の定立における法原理の役割と裁判官のつくった法における法原理の役割
- 第九章 法典化された民法における原理と法規範（第四巻二・三・四号）

S.254S.253

第十章 判例法における「原理と規則」(第五巻一・二号・三・四号及び第六巻一号)

第十一章 公理的に方向づけられた法思考における、また、問題をもって方向づけられた法思考における原理の役割を比較して

ゆく考察(第六巻一・二号)

第四編 大陸の裁判官の普遍的な法原理形成のための召喚

第十二章 創造的な解説と法の発展形成の基礎としての普遍的な法原理(第六巻三号及び本号・未完)

S.255

4、「正常な」法発見の事象もまた普遍的な法原理の裁判官による形成と利用なくしては考えられないことである。各々の制定法の「適用」は既に解説であり、その理由は既に、条文の文言は条文が解釈を不要なものとす(あきらかな解釈学説の意味)というほど一義的であるという決定は解説にもとづいている。法の解釈は争訟における法発見、すなわち裁判官による活動一般のための古典的な集合概念である。法の発見は決して単純な包摂作業ではなくして、この発見は、すなわち、それが条文の枠のなかで制定法の適用である場合においても、上位の実定的な法原則を必要とするのであり、これらの法原則は「目的にふさわしい」あるいは「体系にふさわしい」条文の理解のために尺度を与えるのである。我々が規範の体系的な解釈を法典の個所の言語的な理解から分離することを知ってしまつて以来、⁽⁶⁴⁾ 条文の適用の際にもまた機能決定の必然性、⁽⁶⁵⁾ いいかえれば、歴史的に全く異なつて計画された制度を今日の秩序の全体へ「客観的に」秩序づけることは裁判官の自律的な課題よりもますます強く登場するのであり、この秩序づけは立法者の良心の歴史的な再構成をもつて片づけられない。⁽⁶⁶⁾ 歴史法学派はこの洞察を各々の解釈されるべき法源の「有機的な全体」に関する題目を通して蔽にかくしたことはもちろんであるが、しかし根底においてそれとともに機能的な一者になることに意味を与え、一つの部門の真正の歴史的な一者になることに意味を与えたものではなかった。いずれにせよ歴史法学派は各々の体系の内在的な秩序関連に関する表象をもつて理由づけるのであり、この体系は実定的な立法的な恣意、客観的な、あるいは体系的な解説よりもより強いのである。⁽⁷⁰⁾ それとともににはじめて「欠缺の問題」が解説の課題として発見され、この課題は「制定法の健全な状態」から体系の「完成されていない思考」を読みとることができる。⁽⁷¹⁾ 欠缺は、したがって病理的なあることであり、その治療は裁判官に義務として課せられるのであり、裁判官に解説することがゆだねられていることによるのである。⁽⁷²⁾ 事案としての欠缺の問題を極端に分離することは「制定法が沈黙している」場合と、したがって裁判官の解説をする権限が最後のきめ手である場

S.256

合及び裁判官が他の法源の權威をどうしても必要とする場合、法実証主義に留保されたままであった。⁽⁷³⁾

我々は、それとともに「解釈してゆく適用」と法規における構造的な「欠缺充足」の際の普遍的な法思想を使用することにおける裁判官の権力の量的區別を決して無視しようとは思わない。その理由は、じつに裁判官による新しい形成の必然性は制定法の解説的な適用の限定的な可能性からはじめて充分に理解されるのである。⁽⁷⁴⁾しかし我々は法典編纂のイデオロギーの、また政治的な法定立行為の独占の現代的な批判者とともに他の法源からの——特に法律学的な原則からの——裁判官による規範形成の意味を二つの課題領域において強調したいと思うのであり、そのうちの欠缺充足は書かれていない要素からの継続的な法形成の「肉眼的に見える」より多く注意をひく限界要件であるにすぎない。⁽⁷⁵⁾拡大的な解説と類推を通しての欠缺充足との間の原理的な區別はこの意義において存立しない。⁽⁷⁶⁾解釈学説と実務とが原理に遡及することは、例えば「伝来の教説と伝承」を引用しているスイス民法典第一条第三項の意義において、欠缺充足のための制定法の特定の指示に限定されないままであることはいうまでもない。⁽⁷⁸⁾この遡及するということは各々の解釈行為の際遵守されるべきであり、この行為は單純な歴史的な書証よりもより多くのものを求めるのであり、また、条文の「個所」を機能の一人になることに「統合化するのである」⁽⁷⁹⁾法規範は裁判官による形成されるべき内容命令のための「模型」、「描写の形」であるにすぎない。⁽⁸⁰⁾法規範の理性、法の精神は「再構成すること」が重要であるが、上位の機能思想(すなわち「原理」)の尺度なくしては「発見」されることができない——すなわち、裁判官たる者がその法律学的な伝統とそれに関してみずからによって承認された普遍的な法原則をつくるころの思想⁽⁸¹⁾別言すれば、「最高のものから推論する」ということは、制定法を意思の表現とみる、歴史的に方向づけられた条文の解釈から成りゆきとして生ずるのではなくして、法律学的な原理から成りゆきとして生ずるのであり、この原理は今日の法における「法の価値の基礎」を意味するのであり、また、この原理は「成文化されていない、また形式的に形成してゆく法規にむかう慣行を通しても強化されることはない」⁽⁸²⁾

5、歴史的な——真正の解釈可能性を幻想すること、それはみちびくことと指示することを現今の法原則を通して放棄することができ、至るところで消滅した。⁽⁸³⁾ Bulow による裁判官の前実定的な地位の発見から Isay による解説の意思による要素の洞察に至るまでの道は長かったのであり、また、この道は逆になしうるものではない。⁽⁸⁴⁾この道が終結したのち我々は、法において規範の各々の再生産はじつさいに生産であるということ、また、各々の再構成は固有の構成を前提にしていること——法典化された

S.257

法において判例法におけると異なるものではないということを知るのである。両体系において条文の「解釈」は理解する事象の始まりではなくして、その事象の側で現今の秩序の意味の事物の理解と目的の理解——歴史的に全く「実定的に」存在しない法原理の見取図のもので——に依拠するのである。「解釈はしたがって成果——解釈することの成果の解釈をあらわしている」と RADBRUCH は適切に注記している。⁽⁸⁶⁾意思の要素、決定の「直感」が根源的な最初のものである。「解釈の手段は、成果が既に確実であるのち、はじめて選ばれるのであり、所謂解釈の手段は、何が条文の創造的な補充において既に見つけられたかを条文から理由づけることに実際に役立つにすぎないのである」。「個々の規則は古い条文では既に眠ってしまったという誤った信仰は「大理石の塊のなかの大理石の立像のように」裁判官による恣意の健全な桎梏としてのみ正しい」として承認せられるにすぎない」。⁽⁸⁷⁾

「客観的な」解説が歴史的に「立法者の意思」に依存しないことは民事法においてもモノローにおいても同じく承認されている。RADIN は HECK を引用しながら歴史的にして、また目的論的な解釈論を混同することを「方法論的な重婚」と呼び、また、言葉通りに体系的な解釈と言っている。すなわち、「立法の存在の目的は立法者の意図よりもはるかに単純であり、より外見的であり、物それ自体の性質においてあきらかである」。⁽⁸⁸⁾一つの施設の目的がその設備からあきらかであるように、工場主の表象に依拠することなく、また、変化した需要が交替し、成長し、あるいは狭くなるように、法律上の制度の目的もまたそのようになる。

大陸の法律学において WACH は法の理性の、立法者の意図に対立する自律性を発見したという功績を持っている。「制定法を解説することは、単語の源になった意思をさがし、また発見することを意味するのではなくして、制定法の内容を形成している意思をさがし、また発見することを意味する」。⁽⁸⁹⁾歴史的な動機のこの切断は、イギリスの「黄金律」に一致するように、裁判官をして現代において条文に活力を与えている力をさがすことを強制するのである。国家主義者はそれを別異に見ている。制定法に「継続的に通用を要求する意思として」「恒常的に生ける力」が帰属させられるのであり、この力が制定法の自身の進化を可能にする。⁽⁹⁰⁾しかしながらこの擬制をもって法律学の現実の力のみが制定法概念のなかへ投影されたにすぎなかった。じつに何人も制定法自体のなかにその発展のための尺度を見ているのではなくして、「全体の法秩序の関連」において、すなわち現代において見るのである。それゆえ WACH もまた、「解説を立法者の思想の発見と呼ぶ理論はそれ自体の洞察を立法者にもあるものとし」⁽⁹¹⁾それから、「制定法は立法者よりもなおより多く洞察的でありうるのだ」ということを確認して感心するということを見逃さない。⁽⁹²⁾

S.258

法律は単により多く洞察的でありうるだけでなく——法典編纂者の欠缺ある表象に際して、彼等の教義学的な前判断に際して、また政治的な時代の桎梏に際してより多く洞察的でないならぬのであり、時代の桎梏は法典編纂者をして中途半端な解決あるいは矛盾する妥協に強制するのである。時代の記録は「体系」にならなければならないのであり、しかも、この体系は超感覺的にかくされた力と伝統とによって創造されるのではなくして、条文の異質な要素を溶解しなければならぬ実践的な法律学によって創造されるのである。この法律学は「制定法に忠実な」、それにもかかわらず条文に優越する、すなわち、条文に縁遠い、書かれていない法律を通して説明された解説という熱い鉄を「立法者の意思」という火ばさみをもってのみつかみたいと思うのはもちろんであり、また、それは立法者もまた憲法制定者も充分に考えていなかった事のなかにこそある。⁽⁹³⁾

S.259

立法者ならばみずから「覚悟していたにちがいない」あるいは、しないですまさればと思っていたかも知れないのだが、その修辭的な巧な説明というのも同様に上記の火ばさみの名人芸であり、また同様に意義関係についての表象であり、この関係は単語において「自然の戯れ」としてかくされるべきである。⁽⁹⁴⁾ ゲーテの箴言、「発言された単語は残っている必然的に効果をあらわす自然の力の環のなかにはいつてゆき」、同時におそらくこの単語の力を作詩者から解放してゆくことを特長づけ、また「動機」の彼方にある意味の関連の固有の法則性を強調する。しかし、彼は、だからといって、決して社会的な目的設定と価値決定をローマン的な生活感情の意義における無名の運命の絡み合いとして神秘化していない。⁽⁹⁵⁾ 解説は決定、尺度に従う決定であり、この尺度は最初に解説せられるべき単語とともに既に与えられているのではなくして、解説者によって対象にもち運ばなければならない——解説者とその時代にとって拘束的な目的設定に従って。⁽⁹⁶⁾ 分離された解説手段がこれらの尺度を決めるのではなくして、この尺度の使用を決定してゆく諸々の法原理が解説手段を決めるのである。⁽⁹⁷⁾ これらの法原理からみれば実定的な条文は「上に向かって」絶えず「完成されていない」。⁽⁹⁸⁾

このことは、新しい「思考」が古い制定法の教義学的な体系を爆破するならば、そのとき全くあきらかに示される。いかなる「不可能な状態」も裁可されないことが欲せられるならば、「現代の社会的な諸関係」から必然的に生成する司法による新形成もまた、このような状態を荷なり「思考」とともにこのように再生された制定法による資料の座席の一部となることはもちろんであり、新形成は将来「困難なく接合する」のである。⁽⁹⁹⁾ この「思考」のより遠い利用は、その場合、法の解説の課題であると同様に、

立法者が元来眼前に持った問題に古い条文を限定することである。

S.260

6、解説と法の発展形成はこの意義において一つにして同一であり、仮令人々がむしろそこにおいて黙示に秩序づけられたものの説明の安定してゆく方法を強調するとしても、ここにおいて開かれた、あるいはかくされた目的追求の過程を強調するとしても変えることはない。⁽¹⁰⁾ 欠缺の充足と「補充的な」解釈は裁判官の補足的な法創造の課題ではなくして、解説のあの普遍的な模倣的な性格と同一であり、この性格は原理の指導像、原理の表象なくしては考えられないものであり、この原理は同質でないものを一つの体系に統合してゆくのである。⁽¹¹⁾ 現行法の個別的規定からこのような統一的目的像と価値像へと押し進むことを求めても無駄である、と RADBRUCH はいつている。⁽¹²⁾ 裁判官は普遍的包括的な法律要件からではなく、できるだけ多くの個別的事案のための法律要件から法発見を得んとするカズイステイクな発展のなかで移り変ってゆく法原則とその身分層の技芸とその身分層の倫理のなかで反映している価値尺度に頼った。実定的な法の制定と法律学的な基礎知識、すなわち、目的秩序とそれに役立つ教義学は、RADBRUCH がそれを表現しているように、二つの相互に「はまり込む」各々対目的に「断片的な」法体系である。⁽¹³⁾

解説は二つのことである。経験的に見つけだされた条文または先例のなかにある秩序を指していることを理解することであり、また法律学によって統合される体系からこの見つけだされたものを発展形成すること、補充すること、否、訂正することである。

——そのことが条文のなかにも既に前以って与えられているがゆえではなくして、条文の今日的現実の秩序課題を歴史的——具体的な法意識の鏡のなかで黙示に示しているからである。「法律学的な解説は前以って考えられたことを追考するのではなくして、考えられていることを最後まで考えること——否、……世界到るところで考えられていることを最後まで考えることである」。⁽¹⁴⁾

「制定法に反する」解説はただそれだけで一般に可能であるので、「上から」実定的なものへ動いてゆく法律学的な原則の体系は固有の真理にもついでおり（例えば事物の論理のように）、この真理は制定法に役立つことはもちろんであるが、それ自体が制定法の基礎であるにすぎないからである。「どんな科学でもはっきりと真実としてうけ入れられているように、書いた法律は現実に対して真理である。そして書いた法律によってすべてのケースを理解することは無理であるから法律の解説がはいってくる。解説は書いた法律から論証と説明を引張りだすことによって他の科学と同じように科学的な姿勢をつくる。自分の原則を持ちながら姿勢をつくる。ほかの法律の論理のおかげで結論に達し、色々の疑問を解決する」。⁽¹⁵⁾

S.261

体系は経験的なものの平面的なかに横たわっているのではなくして、法律学の課題によって書き述べられた方法のなかに——また法律学によって発展させられた技術のなかに横たわっている。この技術はじつにまた自分勝手に思いこんだままに既に「規律された」あるいは「把握された」事案のもとで法律要件的なものを事案の原理にしたがって裁断するので、このことは成文法に「適応するのである」。包摂という事象はその場合わずかに人前に表明することである。この真に「規範的な」法律学の力を認識することにおいて人々は「実在学派」からはるか以前に、旧来の意義における法の「適用」は存在しないということを確認してきた。各々の法の秩序づけは事案の改訂と事案のよりわけを前提にしているのであり、またこのことは他方において実定法規から独立した、さらに緊張した体系意識、すなわち秩序理解を条件づける。大陸の制定法の解説者もまたまずはじめに「決定されんとする事案は法規範によって把握され、また、法規範を通して規律されるか、または、されないのかどうかの検討」を要求するのである。⁽¹⁰⁶⁾しかし「理解される」とは何を意味するか、あるいは「規範を通して規律される」とは何を意味するかということ、もしもこのことがいかなる強制的な過程でもなくして、いかなる「事案」を裁判官はここで受け入れ、目でみて、構成するかということに依拠する過程であるとした場合のことである。

「法適用」という観念形態は法と技芸の原理の統御してゆく役割を軽くみるのであるが、この役割はこの事案の限定・選択及び秩序づけをもって全体の包摂事象を統御するのである。⁽¹⁰⁷⁾訴訟法が「事実の評価」について語るならば (vgl. § 350 III ZPO)、「事実の問いかけ」は「法の問いかけ」からあきらかに分離されるべきである」という伝来の表象に関して信頼させたいと思うであろう。この伝来の表象は、しかしながら、事案の選択のなかに、また、規範の評価のなかにも存在しない。道具が「危険」であるか、病気が「はき氣をもよほさせるようなもの」であるか、使用が「芸術的なもの」であるかどうかは法性決定であり、この法性決定は規範の理解を既に前提している。しかし、利得、流布、歪曲、侵害等の「事実の確認」は少ないものではない。

同様にして先例の選択の際所謂純粋に事実的な法律要件——よりわけは真実において「規則」の到達距離にとって基準を与える価値評価行為であるのみならず、⁽¹⁰⁸⁾制定法規においても同様に法技術の、また価値体系の先行して与えられた原理によって統御された、公的な法——「適用」の前地が存立している。ここに決定の要点が存在しているのであり、条文の評価が目に見えるようになるまでもやはりそうであり、いな、重要な事案のメルクマールの選択が適当に法——解釈に前もって作用するのであり、これは

また法——解釈がこの選択に反作用を及ぼすのと同様である。⁽¹⁰⁾ 法律要件と法概念のこの二重の法性決定は解釈の一片である。⁽¹¹⁾ これらの尺度は、したがって全く確認された素材のなかにさえ横たわっていることはできないし、事実的なもののなかに、また制定法のなかにも横たわっていることはできない。この解説の循環はコモンローからはるか以前に見ぬかれている。⁽¹²⁾ 我々は、教義学的に単に部分的にのみ保障された「規則を形つくる過程」の平面においてそれがいかなるものであろうともこれらの尺度が横たわっていることを、今や知っているのであり、人々はこの前決定を多くの場合決定の「意思的な」部分として、技術的な解説事象からの「直観」として括弧からはずしているというほどしばしば無意識に行っているのである。⁽¹³⁾

しかし、この単に恣意的また衝動的にすぎないようにみえる「直観」が二つの、RADBRUCHによつて「断片的」として言いあらわされた実定的な法素材の秩序圏と裁判官を導く「より高い」法原理との間に橋を架けることにより、この直観は、たとえ管理されえないものであるとしても、その来歴を二つの断片がつなぎあわされる上位の体系意識から証明する。

解説はここでは、相互的な原理と条文との適応ということを意味している。その理由は、二つは対自的に断片的であることはもちろんであるからである。何故かといえば、「事物適合的であること」、「理性的であること」などはそれ自体から明らかであることでもなく、また、具体的に指示されたことは秩序目的のための物差しがなくては機能することができない。⁽¹³⁾

実定法の断片的な性格は、普遍的、包括的な法律要件から出発するのではなくして、特殊な、でぎうるだけ多くの個々の事象のための法律要件からの法発見の充分なカズイステイクの欠陥を通して、同様にまた認識されていない問題性を重くとりあつかひすぎることを通して強調される。ここに制定法における「欠缺」の分野がある。原則的見解の欠缺、解釈学説的な前判断と「立法者の誤った意見」の他の類型は原理からの法律学的な補充を要求する。⁽¹⁴⁾ いうまでもなく、それらは「あきらかに非理性的な」推理において表現される体系との矛盾の際「法に反する解説」を求める。⁽¹⁵⁾ ここにおいて裁判官は彼の時代の体系を統合するその課題の力により、時代錯誤をよりよく改める義務づけを持つのである。制定法に対する「考えてゆく従順さ」はじつさに全秩序に対する「考えてゆく従順さ」である。「制定法の精神」「法典の精神」はこの従順さを拘束しない。⁽¹⁶⁾ この従順さはあの克服された精神から「意識されて遠ざから」なければならぬし、また老化した「制定法の表象」を「その時代の需要」に即して再検討される解決⁽¹³⁾を通してその代りの役をはたさなければならないのであり、しかもこの需要の教義学的に正統であることは、ますます多く古い

規範の古典的な解釈学説に対して、しかも、この解釈学説によって発展させられた根本概念の発展形成においてこの精神が古い規範の「実体」からひきだしている普遍的な原理を通すこと以外のいかなるものを通しても行われることはできないのである。⁽¹¹⁾

「上からの」RADBRCHが見ているように、政治的な立法の条文に介入する法律学の共通法の思考は継続性の要因であり、この要因は立法者の交替する政治的な顔をむすびつけている。人々がここで支配している法原理のもとへ時代の解釈学説的な公理を数え入れようと欲するならば、それは誤解であるであらう。これらの法原理こそ立法期の精神にまわりついているのである。「非理性的な」すなわち、その当時の法の良心にとって耐えることのできない制定法の効果はしばしば単にこのような解釈学説的な前判断にしばしばもとづくにすぎない。⁽¹²⁾ 同様に始源的に役立つ制定法の解決と新しい人生観あるいは社会現象との争烈はこのような時代に条件づけられた解釈学説の精神から解放されることができない。何が「制定法の単語からそのなかにかくされた法規範を発展させるか」は、「制定法のなかに眼ついている精神を自立的な生命のために呼び醒ます」うしろ向きの継続ではなくして、それは

S.264

今日の社会的な現実に向つづけられ、その時代の法の良心によって靈感を与えられた権利観をともなう生きている法律学である。この権利観は素朴な法律学的な直感でないことはもちろんであるが、印刻された教義学によって管理され、事案の問題に際して意識的にされ、また試験され、事案の取り扱いの技術を通じて安定化された法律学的直観であり、この直観を人々は法律学的な「思考姿勢」と名づけることができる。⁽¹²⁾ この姿勢のなかに力が横たわっているのであって、より狭い解釈学的な把握のなかに横たわっているのではなく、この力は歴史的な条文の集合から「基本思想」を發展させるのであり、この思想はいかなる立法者も把握していなかったし、また、^{Ratio legis} 各々の制度のなかにかくされている「目的の異質性」をその時代のために従わせるものとするのである——すべての歴史的な法の理性から独立に。⁽¹³⁾ 何が法律学について法政策的に考え抜いたか、また何が法律学の教義学の伝統において理路整然と發展させられているかは真正の法の意図を問うかけることの向う側に立っている。あたかも法律学的な發展形成の領域において法の維持と法の改正との間の衝突は廃棄されているかのようにではない。⁽¹²⁾ しかしこの衝突は法典編纂のイデオロギーの平面から体系に忠実な、あるいは——歴史家が見ているところによれば——「有機的に成長した」發展形成のより高いもの、真正の理論が正當なものと誤っているものの決定において充分な主権性を所持している平面へと取りだされるのである。⁽¹⁵⁾

7、法律学とその共通の原理をこのように代理してあらわすことは、国内的法秩序全体は一つの体系として理解されるというこ

とを前提としている。共通法の思考と制定法の思考が二つの政治的に、また、文化的に分離した秩序領域として現われるところでは、イングランドにおいて治革的に把握されている考えがそうであるように、この代理してあらわすということとは不存在であるにちがいない。それゆえ制定法の発展形成において、それどころかその修正において法律学的な原理の無力であること⁽¹²⁸⁾。

制定法は政治的に制定されたものであり、その力は時の経過を通して、また、普遍的な法律要件からではなくして、できうるだけ多数の特殊な法律要件から法を発見しようとするカズイステイクを通して減少されるものではない⁽¹²⁹⁾。しかしここにいかなる廃止も存在しないとすれば、コモン・ローは制定法の領域に侵入することはできないし、すべての解釈は条文注釈に限定されなければならぬ⁽¹³⁰⁾。ところで、「歴史的な」解釈方法が命ぜられていないということは既に裁判官の自由への大きい承認として価値評価されなければならないところであり、準備作業を公表することがなかったとすれば殆んど滲透することがなかったであろう⁽¹³¹⁾。

S.265

しかし他面において相変らずコモンロー原理の混入は許るされないと感ぜられる⁽¹³²⁾。このようにして特殊なイギリスの法実証主義に至るのであり、この法実証主義は、「制定法の領域において、法律のなかに存在しないものを何も知らないかのように」行うのであり、また、最もやっかいな法律的な解説の指図に至るのである⁽¹³³⁾。法律の言語はまさしく魔術的な力を持つ極めて感じやすい意味の独り占めを取得しているのであり、この独占は固有の「ことばの意味の意味論的研究」をうながすのである⁽¹³⁴⁾。制定法の法律要件は決して満足を与えるものではない。その理由は、概念は、目的論的に解説されることができするために、決して充分に「余白」に書き残すことをしないのである。概念の輪郭はあまりに鋭く、また、そのすこしの意味の移動は法から不法をつくる⁽¹³⁵⁾。

「意味明らかな」条文、「単語の明らかな意味」を引用してゆく明らかな意味の解釈学説は単語の「本来の」意味を求めることを手品奇術にするのである⁽¹³⁶⁾。「書かれた条文の意味を徹底的に探ることを越える構成」各々が禁止されるならば、この構成は「解説の口実のもとに」、制定法に裁判所の固有の法見解をひそかにしのびこませることを試みるのであるが、何が別個に残るのであろうか⁽¹³⁷⁾。

S.266

か⁽¹³⁸⁾。「それ自身の考を代用するために」⁽¹³⁹⁾。類推とコモンローの原理の使用が公的に禁止されるならば、「制定法は文字による条文でもなく、神の啓示でもない」という洞察は何の実をむすぶのであろうか。たとえ、この洞察が許るされるとしても、事案のことを研究することにもついで教育された思考は「この思考が判例法を操作する創造的な仕方と同様な仕方でも立法に関する資料を操作する技術を獲得しなかった」⁽¹⁴⁰⁾。このようにしてそうであれば制定法の解説の技術的な規則の虎の巻を越えた向う側に賭博をするよう

な無責任なことばの積義のみが残るにすぎないのであり、この積義は、「自由な解説」が許されるところでは「利益を与える構成」の手段をもってそのおりおりの「心の詭弁」に追順するのであり、統一的な発展形成と適応に到達することはできない。⁽¹⁴⁾ 新しき情況は一般に充分考えられることもなく、また把握されなかったということを、条文が認識せしめるならば、資料と立法上の尺度との自分勝手に思い込んでいる一致の意義におけるこのようなことばの積義の想像でつくりあげた性質はあきらかにあらわれる。ここにそのとき「もっと更に価値があるために」、あるいは「不便であり、あるいは不合理であるところのものを意図することに反対すると思うために」のような規則は開かれた事案——論証の土壌の上での真正の体系論の外部に立っている。⁽¹⁵⁾ それはたしかにヨーロッパにおける現代の法典編纂の波の始まりのあとの註釈学派の立場である。⁽¹⁶⁾ 伝統的な解釈規則、「同じ一般——規則」(もつと特殊なものに従っている一般的なことば)のごときは単に技術的な補助的な地位のみを与えていることはもちろんである。一つの形式が新しい目的物に拡張することは、したがって、単に既に制定法によって承認された種の一種のみが問題であるならば、許されることである。しかしながら、制定法がかっちりとしていかなる原則的な洞察もあらわさないところでは、原理の助けにと欠く解説者が矛盾の前に立っている。原則を制定法から推定しなければならぬが、原則は制定法には欠如している。じつに、イギリスの解釈学説は固有の題目を問ひかけに発展させた。「それが何でもいいあらわさないとき意図は立法者に帰属した」。⁽¹⁸⁾

- (39) Vgl. oben Kap. VII, S. 123 ff. せのたのめ詳細(じゆんじは) meine Abhandlung: Die Interpretation im Recht, Studium generale (1954).
- (64) Vgl. D. I, 2, 2, 5.
- (65) Vgl. ENGISCHE (N. III 34) 27 ff.
- (66) So mein a. a. Aufsatz, Studium generale (1954) 372. Vgl. schon meine "Einführung" 184 ff. Ebenso SACCO (N. II 54) 114 ff.
- (67) SAVIGNY じゆんじは道(じゆんじは)の創始者(じゆんじは)の (N. I 66) 23 ff., 39 ff.
- (68) せのたのめ(じゆんじは) meine o. a. Abhandlung. 現在詳細(じゆんじは)の BETTI, Zur Grundlegung einer allgemeinen Auslegungslehre: Festschr. f. E. Rabel II (1954) 79 ff. Vgl. 89, 129 (Wille und Sinn), 99 (Immanenz), 102 (Ganzheitszusammenhang), 109 (Zweckrelation), 112, 123 usf. (Aktualität), 133 (normative Absicht), 138 (Problematik der "Treue").

- (69) SAVIGNY a. a. O. 21.
- (70) Vgl. SAVIGNY (N. I 211) § 35, S. 222. 中の「自然法学者は実定法上の解説の問いかけを美しく分離したままにしていたがゆゑに強調せねばならぬ」。
- (71) SAVIGNY a. a. O.
- (72) So noch GENY (N. III 12) 591.
- (73) 中の區別はなほ今日支配的である (vgl. Du PASQUIER (N. I 19) ʼまた「利益法学」の基礎とゆゑなりである (vgl. Heck AcP 112, 231) 異なつてゐるは法と解説に關するローテの記述 (vgl. POMPONIUS, D. I, 2, 2, 5 und GAUUS, I, 165) ʼまたなほ「不文法」を普通法に解釋に算入するものである (vgl. PUCHTA, Kursus der Institutionen 4 I, § 78, 316/317 und KISS: [N. II 105] 58, 413 ff.) ʼ他方においてフンクローサツシンの成文法は解説を徹底的に注釈に制限しようとする (書かれた字句を徹底的に調査する) ʼBLACK (N. II 146) 中の現象とその根拠のために、次の下記の七を参照。注釈学派以来のフンクローサツシンの發展のために vgl. das Referat von BOULANGER, Methode d'interpretation juridique: Trav. Ass. Capitant V. 61 ff., auch in Riv. Dir. Comm., 49, 257 ff.
- (74) Vgl. die o. a. Abh. JZ 1953, 521, unter IV. Vgl. BETTI (N. IV 68) 163: 「それゆゑ創造的発明の平面が、解釋の平面と交換せられなければならない」。
- (75) 中の「ASCARELLI (N. I 56) 62 ff., auch in Studi di diritto comparato (1952) 165 ff.
- (76) 我々がこの同じく意義を持つ「法」が自然法と地規範の譲渡と言ふ「法的基準」を度外視するならば、vgl. ASCARELLI a. a. O. 64/65.
- (77) So auch BETTI (N. II 51) 178/179.
- (78) Ähnlich Art. 22 Legge sulle fonti del diritto della città del Vaticano.
- (79) Vgl. BETTI a. a. O. 385; 私に “auto-integrazione” (173 ff.) の表象に反対して、社会学者が「存在論的に」すなわち歴史的に理解せられた (根底におつてローマの) 精神的な実在性の自律性を持つことができるすべての疑義を持つのはもちろんである。
- (80) Vgl. BETTI 3, aber auch meine “Einführung” 178.
- (81) Vgl. BETTI a. a. O. 171.
- (82) HEILWIG, Lehrbuch des Zivilprozesses II (1919) 168, ähnlich heute BOULANGER (N. IV 73) 68.
- (83) Vgl. DARMSTADTER (N. III 151). HERBERT A. SMITH, Interpretation in English and Continental Law: 9 J. Comp. Leg. and Int. L. (1927) 153 (156) の中では、その比較法的な意義。S. schon oben Kap. VII, S. 123 ff., und Kap. IX, S. 178 ff.
- (84) BULOEW, Gesetz und Richteramt (Tübingen Rektoratsrede 1885); Isay (N. IV 12).

(96) RGZ 106, 272 (275/276). 裁判官法の各々の新しい層を制定法の実体に関係づけることの意味を考えるならば、その場合、「二段階の制定法の適用」が語られるかも知れないのであり、この実体は今やその側で再び全体として適用され、また、解釈されるのである——無限の統合の事象。

(100) Vgl. BOBBIO (N. II 112) 134, auch meinen Beitrag im *Studium generale* (N. IV 63).

(101) 法学的な労作を通しての統合は「生活秩序」と「権利保護手続」を厳格に切断したいと思う理論によって否定される。自明のこととして一九世紀における訴訟的な要素と実体的な考察の普通法上の混同に対する反動において (WINDSCHEIDS *Anspruchsbegriff*)。たしかに訴訟は通常のことでなくして、権利維持の「診断所」である。しかし診断所の一部は整形手術でもある。実体法の「生命」は裁判官の判決宣告のなかにはじめて形式と承認を取得しているのである。Dazu meine "Einführung" 164 ff. 訴訟的な考察の第一位のために、ここで、単語が語られるべきではなくして、規範形成の遵守のために語られるべきであり、この形成を大陸法もまた継続的な裁判の実践において経験しているべきである。Dazu BETTI, *Ergänzende Rechtsfortbildung als Aufgabe der richterlichen Gesetzesauslegung*: Festschrift für Leo Raape (1948) 379 ff. (385/387). 体系的な出発点は、法秩序が制度的に先行して与えられている全体として意味を与えられているか、あるいは、そのつと権利維持のグループの新しい秩序の産物として意味を与えられているかどうかによって、別個の出発点であることはもちろんである。vgl. ASCARELLI (N. IV 34) 83 ff. (87/88). また、裁判官の安定をせめてゆく機能と適用してゆく機能との間には否定されることができなく抵抗作用が存立する。vgl. GERMAN, *Zur Überwindung des Positivismus im Schweizerischen Recht*, in: 100 Jahre Schweizerisches Recht (1952) 129 ff.

(102) a. a. O. 247.

(103) Edda. RADBRUCH は経験的法律学と先験的法律学の多義性を「不変の宿命」と名づけている。

(104) RADBRUCH, a. a. O. 243.

(105) GAMMARUS, *De extensionibus*, in F. U. I. Bd. 18, c. 248.

(106) RGZ 93, 184.

Patio

(107) 同様に、法適用は「法律要件に固定した規則の『適用』は規則の理性への洞察を要求するということ」を誤認していることはもちろんであり、この洞察は思弁的に術策を用いて取得されるのではなくして、ただ事案に際してのみつくりだされるのである。正当であるのは BETTI a. O. 389/390。既に決定公理を取得することは通常制定法のなかに存在する規範に手を加えることを必要とするのであり、この加工は規範のもとにある事態の単純な『包摂』をはるかに越えているのである。

(108) Vgl. GOODHART (N. III 194): 「裁判官は法を創造するところでは実体的事実の彼の選択である」。Jurisprudence and the Common

Law (1931) 10 以下をいふ同様である。

(60) Vgl. ENGISC (N. III 34) 15; dazu auch meine o. a. Abh. Elementi di diritto naturale (N. I 11), 1. C. 3. Auch schon PERRAUD (N. I 28) XVII/XVIII.

(61) Dazu SALVATDRE ROMANO, Osservazione sulle qualifiche "di fatto" e "di diritto": Festschrift für Santi Romano IV (1940) 127 ff.

(11) Vgl. STONE (N. III 193) 193/194.

(12) 例えは The Nature of the Judicial Process (1921) 98, 108, 112, 142 usf. (= Sel. Writings 148 ff.) 以下をいふ CARDOZO 以下も何回となく引用された分析をまた参照せよ。

(13) Vgl. BETTI (N. IV 68) 135.

(14) Vgl. Du PASQUIER (N. I 19) 11 ff.

(15) 三〇〇 REICHEL (N. I 8) 131-142 以下について明らかにされた分類と規則を参照せよ。すなわち、規定が現代的に承認された秩序原則に矛盾するならば、この原則の適用が変化した外的関係のもとで非理性的成果に到達するであろうならば、あるいはこれらの成果が法と制定法の權威を条文からの意識的な離反よりも極めて悪く危険にさらすならば、裁判官は制定法に反して決定しなければならない。

(16) So REICHEL 142; COING (N. I 67) 247/248.

(17) S. oben S. 178 ff. Vgl. ASCARELLI (N. I 70) 105 ff. BOULANGER (N. I 39) 73 ff.; AMOS (N. III 132) 27 ff. u. a. m.

(18) DE BOOR (N. III 141) 5.

(19) Vgl. BOULANGER (N. I 38) 65 ノラヌス民法第一三八四条第一項は、一般原則を解決し……また立法者が決して發布するつもりになった規則の実体を条文のなかで彫りつけた「危険の理論」のために。Vgl. auch den von Du PASQUIER a. a. O. 12 zitierten Ausspruch des Schw. BGH.: 「決定的であるのは立法者が規則を發布しなければならぬ時代に彼が望んだことではなくして法から法律の一般概念の光をみだしたくないのである」。

(20) Vgl. die Beispiele bei BOEHMER (N. I 74) 6 ff. 以下のなるは PAULUS: JZ 1963, 62 の書評及び私の ACP 152 (1963) 387 の書評。

(21) 同様と SPEISER (N. III 150) 554.

(22) F. BEYERLE, Der dingliche Vertrag: Festschrift für G. Bohmer (1954) 164.

(23) Vgl. GERMANN (N. III 155) 17 ff. und die dort zitierte Schw. Rspr.

- (41) Derselbe ebda, 200.
- (42) Dagegen RADIN a. a. O. 872 ff.
- (43) Gegensatz "strict construction" (bei penal laws, statutes encroaching on rights, or imposing burdens, by laws etc., vgl. MAXWELL [N. II 145] 267 ff.).
- (44) Vgl. WORTHLEY (N. II 102): 「制定法の解釈はつねに全く変更された社会的条件に関することを行われた」。
- (45) Vgl. MAXWELL a. a. O. 198 ff.
- (46) So mit Recht STONE a. a. O. 151 ff.
- (47) MAXWELL なるべき "subordinate principles" と数えつゝるは出づ。(a. a. O. 308 ff., 336).
- (48) MAXWELL a. a. O. 355 ff.